

Tilburg University

Demonstratievrijheid en democratie

Bot, Michiel

Published in:
NJB

Publication date:
2017

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Bot, M. (2017). Demonstratievrijheid en democratie: Het kader van de publieke sfeer. *NJB*, 2017(42).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Demonstratievrijheid en democratie

Het kader van de publieke sfeer

Michiel Bot¹

De bescherming van de demonstratievrijheid bereikte op 18 november een dieptepunt. De burgemeester van Dokkum vaardigde een demonstratieverbod uit tijdens de intocht van Sinterklaas, nadat bussen met demonstranten tegen de figuur van Zwarte Piet waren klemgereden op de A7. De minister-president stelde tijdens een campagnebijeenkomst dat mensen '364 dagen per jaar' tegen Zwarte Piet konden demonstreren. En de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken verkondigde op televisie dat hij wel begrip had voor de 'emotie' van de mannen die de bussen hadden klemgereden. Dit artikel gaat over de aard en de rechtvaardiging van het grondrecht op demonstratievrijheid. Betoogd wordt dat de overheid zich bij demonstraties primair dient op te stellen als beschermer van de democratische publieke sfeer.

Op 17 juli 2017 kondigde de Nationale ombudsman aan dat hij onderzoek gaat doen naar 'wat demonstranten in redelijkheid van burgemeesters en politie mogen verwachten als het gaat om hun recht op demonstratie'.² Het onderzoek moet begin 2018 resulteren in een 'praktische handleiding voor overheid en burgers'. Een dergelijke handleiding is bijzonder welkom want beperkingen van de demonstratievrijheid komen niet altijd voor de rechter en er is de afgelopen tijd herhaaldelijk verwarring geweest over dit grondrecht; in de media, bij plaatselijke overheden en zelfs bij de Minister van Veiligheid en Justitie.³ In dit artikel laat ik zien dat deze verwarring niet alleen de reikwijdte en de beperkingsgronden van de demonstratievrijheid betreft, maar vooral ook de aard en de rechtvaardiging ervan. Er is mijns inziens te weinig aandacht voor het feit dat de demonstratievrijheid vooral een vrijheid van democratische communicatie en democratisch handelen is.

Vaak wordt aangenomen dat de demonstratievrijheid vanuit het kader van de openbare orde dient te worden beoordeeld, of tegen het belang van de (bescherming van de) openbare orde dient te worden afgewogen. Een dergelijke aanname wordt ook gesuggereerd in de aankondiging van de ombudsman, die vermeldt dat hij bijzondere aandacht wil besteden aan 'de spanning tussen openbare orde en veiligheid en het recht op demonstratie, voor de overheid een voortdurend balanceren'. Ik zal echter betogen dat het grondrecht op demonstratievrijheid allereerst vanuit

een heel ander kader moet worden beschouwd: het kader van de publieke sfeer. De demonstratievrijheid impliceert namelijk een ruimte waarin iedereen deel kan nemen aan democratische communicatie en aan democratisch handelen. Wanneer er een beroep wordt gedaan op de demonstratievrijheid, is de primaire taak van de overheid daarom niet om een afweging te maken tussen de 'particuliere' belangen van demonstranten en het 'algemene belang' van het beschermen van de openbare orde. De taak van de overheid, zo zal ik beargumenteren, is allereerst de bescherming van de democratische publieke sfeer.

In de eerste helft van dit artikel contrasteer ik het kader van de openbare orde met het kader van de publieke sfeer. Vervolgens illustreer ik het belang van het kader van de publieke sfeer voor de beoordeling van een beroep op de demonstratievrijheid aan de hand van twee recente casus waarin demonstraties naar mijn mening onterecht zijn beëindigd: een demonstratie tegen Geert Wilders in Spijkenisse en een demonstratie tegen de figuur van Zwarte Piet in Gouda.

Het kader van de openbare orde

Een goed voorbeeld van hoe er wat mij betreft *niet* naar het demonstratierecht zou moeten worden gekeken is het volgende citaat van de Britse Law Lord Leslie Scarman dat Berend Roorda aanhaalt aan het begin van zijn in 2016 verdedigde – en overigens lezenswaardige – proefschrift over *Het recht om te demonstreren*:

‘The problem is more complex than a choice between extremes – one a right to protest whenever and wherever you will, and the other, a right to continuous calm upon our streets unruffled by the noise and obstructive pressure of the protesting procession. A balance has to be struck, a compromise found that will accommodate the exercise of the right to protest within a framework of public order which enables ordinary citizens, who are not protesting, to go about their *business* and *pleasure* without obstruction or inconvenience. The fact that those who at any one time are concerned to secure the tranquility of the streets are likely to be the majority must not lead us to deny the protesters their opportunity to march: the fact that the protesters are desperately sincere and are exercising a fundamental human right must not lead to overlook the rights of the majority.’⁴

De taak van de overheid is allereerst de bescherming van de democratische publieke sfeer

Scarman plaatst het demonstratierecht binnen een overkoepelend kader van openbare orde dat ‘gewone burgers die niet protesteren’ in staat stelt om zonder obstructie of ongemak hun gang te gaan, zowel waar het business als waar het pleasure betreft. De laatste zin van het citaat geeft aan dat Scarman van mening is dat er daarbij sprake is van een recht: een recht van de meerderheid van gewone burgers om ongestoord hun gang te kunnen gaan, ook al is dit geen *absoluut* ‘recht op voortdurende kalmte op onze straten die niet wordt verstoord door het lawaai en de hinderlijke druk van de protesterende optocht’. Het kader van de openbare orde dient er volgens Scarman toe om een ‘balans’ te vinden of een ‘compromis’ te sluiten tussen het recht van de meerderheid om ongestoord haar gang te kunnen gaan, en het demonstratierecht van de minderheid. Een vergelijkbaar idee is te vinden bij de rechtsfilosoof Joel Feinberg, die de demonstratievrijheid binnen een kader van overlastwetgeving plaatst.⁵

Scarmans argument over de openbare orde als kader

voor de demonstratievrijheid heeft geen basis in het in Nederland geldende recht. Zo kwam de Staatscommissie-Cals/Donner, die in 1967 was ingesteld om advies uit te brengen over een algehele Grondwetsherziening, in haar advies over het betogingsrecht *niet* tegemoet aan het sterk op Scarmans argument lijkende ‘ernstig[e] bezwaar’ van drie van haar leden ‘dat het niet aangaat deze wijze van gebruik van de openbare weg [demonstreren] als grondrecht in de Grondwet op te nemen terwijl de andere wijzen van gebruik, zoals bijvoorbeeld het rustig winkelen, het onbekommerd flaneren en het rijden met de auto, niet via een grondrecht worden gewaarborgd’.⁶ De Commissie adviseerde om het betogingsrecht *wel* in de Grondwet op te nemen, omdat ‘de collectieve meningsuiting een functie kan vervullen in het publieke en maatschappelijke bestel’, en omdat ‘voor hen, die geen toegang hebben tot de drukpers of tot andere communicatiemediën, de betoging veelal de enige mogelijkheid vormt om zich politiek te uiten’.⁷ Hoewel het demonstratierecht niet *uitsluitend* geldt voor demonstraties met een maatschappelijk of politiek karakter,⁸ laat de totstandkomingsgeschiedenis van het grondwettelijke betogingsrecht zien dat dit recht met het oog op maatschappelijke en politieke demonstraties in de Grondwet is opgenomen, en wel degelijk een ‘bevoorrechte positie’ inneemt ten opzichte van ‘het recht om ook op allerlei andere wijzen van de openbare weg gebruik te maken’.⁹

Het betogingsrecht is in 1983 opgenomen in artikel 9 Gw, samen met het vergaderrecht, dat daarvoor in dezelfde bepaling stond als het verenigingsrecht. In artikel 9 Gw ontbreekt ook een minder specifiek begrip van openbare orde dan dat van Scarman als beperkingsgrond van het betogingsrecht:

Artikel 9 Gw

1. Het recht tot vergadering en betoging wordt erkend, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet kan regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden.

Lid 1 bepaalt dat de formele wetgever beperkingen kan stellen. Delegatie van de bevoegdheid om de demonstratievrijheid te beperken aan plaatselijke overheden kan alleen op een van de in lid 2 genoemde beperkingsgronden. De Raad van State had geadviseerd om deze beperkingsgronden te vervangen door de frase ‘ter handhaving van de openbare orde’, maar dit advies is in de bijlage bij

Auteur

1. Dr. mr. M.T.J. Bot is universitair docent aan Tilburg Law School, Department for Public Law, Jurisprudence and Legal History. Dank aan Eva van Vugt en Dorien Verhulst voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

Noten

2. [www.nationaleombudsman.nl/nieuws/2017/ombudsman-onderzoekt-](http://www.nationaleombudsman.nl/nieuws/2017/ombudsman-onderzoekt-balanceren-overheid-recht-op-demonstratie)

balanceren-overheid-recht-op-demonstratie (laatst bezocht op 23 augustus 2017).

3. Zie mijn analyse hieronder van de arrestaties van demonstranten tegen Geert Wilders in Spijkenisse op 23 januari 2016.

4. Geciteerd in Berend Roorda, *Het recht om te demonstreren: Een vergelijkende studie naar de betogingsvrijheid in Nederland, Duitsland en Engeland vanuit internationaalrechtelijk perspectief* (diss. Groningen), verdedigd 15 september 2016, p. 3.

5. J. Feinberg, *Offense to Others*, New York: Oxford University Press 1985, p. 48.

6. *Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, Den Haag: Sdu 1969, p. 78.

7. *Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, p. 77-78.

8. Zie A. Nieuwenhuis, ‘Vrijheid van vereniging, vergadering en betoging’ in: J. Gerards (eindred.), *Grondrechten: De natio-*

nale, Europese en internationale dimensie, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1993, p. 103-128, 120.

9. *Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, p. 78. Zie ook de memorie van toelichting bij het voorgenomen art. 9 Gw, *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, 3, p. 38-39.



18 november 2017 - Anti-Zwarte Piet demonstranten op de A7 nadat de bussen waarmee zij op weg waren naar Dokkum om te protesteren tijdens de Sinterklaasintocht op een snelwegblokkade zijn gestuit, opgeworpen door voorstanders van Zwarte Piet. © Joris van Gennip / HH

de memorie van toelichting expliciet verworpen, omdat deze beperkingsgrond veel te ruim werd geacht: 'Het begrip "openbare orde" is er een, dat zich bijzonder ruim laat uitleggen. Nagenoeg alle beleidsdoeleinden laten zich eronder brengen'.¹⁰ Het kabinet-Den Uyl verduidelijkte in 1976 in antwoord op Kamervragen van DS'70:¹¹ 'De in het tweede lid genoemde doelcriteria verkeer en wanordelijkheden vervangen door openbare orde, zou een veel verder gaande beperkingsbevoegdheid meebrengen en daardoor het waarborggehalte van het artikel veel meer aantasten dan noodzakelijk is. Wij hebben tegen deze suggestie ernstige bezwaren'.¹² En in 1987 herhaalde het kabinet nog eens dat de 'discrepantie' tussen het begrip openbare orde en de bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden in art. 9 Gw 'ook beoogd' was.¹³

Wat is precies het verschil tussen de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van wanordelijkheden? Jan Brouwer & Berend Roorda hebben betoogd dat het begrip 'wanordelijkheden' alleen strafbare handelingen omvat, terwijl ook andere onrechtmatige gedragingen een verstoring van de openbare orde kunnen opleveren.¹⁴ Bovendien, merken Brouwer & Roorda op, kunnen burgemeesters demonstraties niet beperken om uitingsdelicten te voorkomen, omdat zij volgens art 5 lid 3 Wom niet naar de inhoud van een demonstratie mogen kijken.¹⁵ In ieder geval kan worden geconcludeerd dat het recht geen steun biedt voor het idee dat een beroep op de demonstratievrijheid moet worden beoordeeld vanuit het kader van de openbare orde. Voor het beoordelen van zo'n beroep biedt de publieke sfeer een beter kader.

Het kader van de publieke sfeer

De publieke sfeer kan niet worden gereduceerd tot de onder andere door het Hooggerechtshof van de Verenigde

Staten gebruikte metafoor van de *marketplace of ideas*.¹⁶ Het model van de *marketplace of ideas* gaat uit van een transparant platform waarop iedereen meningen kan aanbieden, en waarop iedereen alle aangeboden meningen zelf, als kritische consument, met elkaar kan vergelijken om uiteindelijk een keuze te maken op basis van individuele rationaliteit en/of persoonlijke voorkeuren. De publieke sfeer is echter niet alleen een platform waarop individuen hun meningen kunnen 'zenden' of 'ontvangen', maar

Het recht biedt geen steun voor het idee dat een beroep op de demonstratievrijheid moet worden beoordeeld vanuit het kader van de openbare orde

vooral ook een ruimte waar *publieke discussie*, *interactie* en *contestatie* kan plaatsvinden, met name met betrekking tot alles wat raakt aan de 'publieke zaak'. Hierbij wordt niet primair geappelleerd aan individuele rationaliteit maar aan de 'publieke rede', niet aan persoonlijke voorkeuren maar aan het 'algemeen belang' en aan publieke – en in de constitutionele orde belichaamde – beginselen en idealen als vrijheid, gelijkheid, solidariteit en rechtvaardigheid.

Net als het woord 'democratie' wordt de publieke sfeer niet expliciet genoemd in de Grondwet. Verschillende theoretici hebben echter beargumenteerd dat de essentie van grondrechten is dat ze een kader scheppen voor democratische communicatie en democratisch handelen. Rechtsfilosoof Hans Kelsen volgt bijvoorbeeld Rousseau in zijn definitie van politieke vrijheid als 'self-determination of the individual by participating in the creation of the social order', maar geeft een hele andere invulling dan Rousseau aan deze 'sociale orde-creërende' democratische participatie, die hij zelf 'politiek liberalisme' noemt.¹⁷ Volgens Kelsen wordt de 'wil van de gemeenschap' gecreëerd in een voortdurende publieke discussie die niet alleen in het parlement plaatsvindt, maar ook op allerlei andere plekken, en deze democratische discussie wordt mogelijk gemaakt door politieke vrijheden:

'A democracy without public opinion is a contradiction in terms. Insofar as public opinion can arise only where intellectual freedom, freedom of speech and press and religion, are guaranteed, democracy coincides with political – though not necessarily economic – liberalism.'¹⁸

Ook denkers als Hannah Arendt en Jürgen Habermas betogen dat grondrechten een kader bieden voor democratische communicatie en democratisch handelen, waarbij Arendt ook ruimte ziet voor democratische contestatie en transformatie van het kader zelf.¹⁹

Hoewel deze cruciale democratische rol van grondrechten zoals de demonstratievrijheid niet met zoveel woorden in de Grondwet wordt genoemd, zijn er veel aanknopingspunten voor het idee dat een democratische publieke sfeer een centrale plaats inneemt in onze constitutionele orde. Zo verwijst de memorie van toelichting op het voorgenomen artikel 9 Gw bijvoorbeeld naar de democratische rol van de demonstratievrijheid door over demonstraties te spreken als een 'uitings- en participatievorm' (mijn cursivering).²⁰ Een ander voorbeeld is dat de grondrechtelijke uitingsvrijheden veel meer ruimte geven aan communicatie met betrekking tot de 'publieke zaak' dan aan handelsreclame.²¹ En het EHRM benadrukt regelmatig dat 'democracy thrives on freedom of expression', waarbij publieke discussie een bijzondere plaats inneemt: 'there is little scope (...) for restrictions on political speech or on debate on questions of public interest'.²²

In belangrijk opzicht 'bestaat' de publieke sfeer die in de demonstratievrijheid wordt geïmpliceerd alleen op de plaats waar, en op het tijdstip waarop die vrijheid daadwerkelijk wordt uitgeoefend. Neem bijvoorbeeld de massale demonstratie tegen de voorgenomen steun van de Nederlandse regering aan de invasie van Irak bij het consulaat van de Verenigde Staten op het Amsterdamse Museumplein. Deze demonstratie veranderde het Museumplein van een ruimte waar private individuen hun gang gaan, zich langs elkaar heen bewegen en private

In belangrijk opzicht 'bestaat' de publieke sfeer die in de demonstratievrijheid wordt geïmpliceerd alleen op de plaats waar, en op het tijdstip waarop die vrijheid daadwerkelijk wordt uitgeoefend

ontmoetingen hebben, in de publieke sfeer: het uitoefenen van de demonstratievrijheid impliceerde een claim dat *die* plek op *dat* moment een cruciale ruimte was voor democratische communicatie en democratisch handelen.

Dit voorbeeld toont het enorme verschil tussen het kader van de openbare orde en het kader van de publieke sfeer. Het kader van de openbare orde garandeert vooral een negatieve vrijheid om als privaat individu zonder hinder of ongemak je gang te kunnen gaan, en dient er in de eerste plaats toe om te zorgen dat er 'niets gebeurt', dat de kalmte bewaard blijft, *business (or pleasure) as usual*. Het kader van de publieke sfeer maakt daarentegen een positieve, publieke vrijheid mogelijk, en dient er juist toe om te faciliteren dat er *wel* wat kan gebeuren, namelijk dat er democratische communicatie en democratisch handelen kan plaatsvinden.

10. Kamerstukken II 1975/76, 13872, 4, p. 90.

11. Kamerstukken II 1975/76, 13872, 6, p. 39.

12. Kamerstukken II 1976/77, 13872, 7, p. 33.

13. Kamerstukken II 1986/87, 19427, 5, p. 10. Aangehaald in Roorda, 'Wanordelijkheden als argument om demonstraties en vergaderingen te verbieden', in: *Ars Aequi* september 2017, p. 700.

14. Annotatie van B. Roorda & J.G. Brouwer onder Rb. Den Haag 6 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11985, AB 2017/25,

par. 8.

15. Ib. par. 8 en 9.

16. Zie bijv. de dissenting opinion van Oliver Wendell Holmes, jr. in *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 (1919), p. 630.

17. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York: Russell and Russell 1961, p. 285. Vergelijk voor het contrast hoofdstuk 7, 'On Censorship', van boek 4 van Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract*, ed. en vertaling V. Gourevitch, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 141-142.

18. Kelsen, *General Theory of Law and State*, p. 287-288.

19. Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, New York: Harvest 1976; *On Revolution*, New York: Penguin 1990; en 'Civil Disobedience', in: *Crises of the Republic*, New York: Mariner 1972, p. 49-102. Zie ook C. Volk, *Arendtian Constitutionalism: Law, Politics, and the Order of Freedom*, Oxford: Hart 2015. Jürgen Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, vertaling T. Burger, Cambridge, MA: MIT Press 1991, p. 73-88.

20. Kamerstukken II 1975/76, 13872, 3, p. 39.

21. Art. 7 lid 4 Gw verklaart het grondrecht op vrijheid van meningsuiting in dat artikel niet van toepassing op handelsreclame, en over de bescherming van reclame door het EVRM concludeert Aernout Nieuwenhuis: 'In ieder geval is het niveau van bescherming relatief laag'. A. Nieuwenhuis, 'Vrijheid van meningsuiting', in: Gerards, *Grondrechten*, p. 69-102, 71.

22. EHRM 29221/95 (*Case of Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden/Bulgaria*), r.o. 88.

Niemand heeft in Nederland een vergunning of toestemming nodig om te demonstreren, en een demonstratie mag nooit worden beëindigd omdat demonstranten weigeren hun identiteitsbewijzen te tonen

De overheid zou zich bij een beroep op de demonstratievrijheid allereerst op moeten stellen als beschermer van een publieke sfeer waarin dit grondrecht kan worden gerealiseerd. De overheid dient zich immers niet alleen te onthouden van inbreuken op het demonstratierecht, maar heeft ook een verplichting om ervoor te zorgen dat de ruimte waar demonstranten willen demonstreren als publieke sfeer kan fungeren. Denk hierbij bijvoorbeeld aan jurisprudentie waarin het EHRM bepaald heeft dat uit de demonstratievrijheid niet alleen de negatieve verplichting voortvloeit om een demonstratie niet te verbieden als er spanningen met tegendemonstranten dreigen, maar ook een positieve verplichting om demonstranten tegen vijandige tegendemonstranten te beschermen.²³ Immers, schrijft het EHRM: 'if every probability of tension and heated exchange between opposing groups during a demonstration were to warrant its prohibition, society would be faced with being deprived of the opportunity of hearing differing views on any question which offends the sensitivity of the majority opinion'.²⁴ Het belang van het beschermen van een dergelijke *opportunity* kan niet worden overschat: dat de (vermeende) meerderheid aanstoot neemt aan geluiden die de heersende mening ter discussie stellen is precies het probleem waarvoor J.S. Mill *liberty* als oplossing poneerde, waarbij hij de 'liberty of thought and discussion' voorop zette.²⁵

De publieke sfeer kan vaak ook als kader dienen in gevallen waarin de demonstratievrijheid juist dient te worden beperkt, of wanneer een beroep op de demonstratievrijheid als illegitiem dient te worden verworpen omdat sprake is van misbruik van recht. De meeste beperkingsgronden van de demonstratievrijheid hoeven namelijk niet primair te worden geïnterpreteerd als belangen die tegen het belang van democratische communicatie en democratisch handelen zouden moeten worden afgewogen. Integendeel: de meeste wettelijke beperkingsgronden dienen er mede toe om de publieke sfeer juist te beschermen. Dit geldt met name voor de nationale of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Een beperking van de demonstratievrijheid is dan ook niet altijd een inperking van de publieke sfeer. Er zijn uiteraard ook gevallen waarin de demonstratievrijheid botst met grondrechten die de privésfeer beschermen, zoals bijvoorbeeld een wekenlange demonstratie die zoveel overlast veroorzaakt dat omwonenden niet kunnen slapen, maar in de meeste gevallen waarin er een beroep op de demonstratievrijheid wordt gedaan is een dergelijke botsing niet aan de orde.

Feministen in verzet tegen Geert Wilders in Spijkenisse

Op zaterdag 23 januari 2016 arresteerde de politie in Spijkenisse tien vrouwen die protesteerden tegen PVV-leider Geert Wilders.²⁶ Wilders deelde op de plaatselijke markt 'verzetsspray' uit, spuitbussen met rode verf waarmee vrouwen zich zouden kunnen verdedigen tegen 'testosteronbommen'. Wilders greep de massale aanrandingen tijdens de nieuwjaarsnacht in Keulen aan om te betogen dat asielzoekers voor 'de Nederlandse vrouwen' een 'groot gevaar' vormden, omdat velen 'een moraal hebben, bijvoorbeeld als het gaat om omgaan met vrouwen, die niet de onze is'.²⁷ De demonstranten protesteerden tegen Wilders' actie met borden en met leuzen als: 'Wilders racist, geen feminist!'; 'Niet in onze naam'; en 'Mijn feminisme is anti-racistisch: emancipatie voor vrouw én vluchteling'; een van de demonstranten sprak Wilders door een megafoon rustig toe: 'Beste meneer Wilders, wij juichen uw grote bezorgdheid voor de veiligheid en rechten van slachtoffers van seksistisch geweld in Nederland toe...'.²⁸ De demonstranten ontlokten bij aanhangers van Wilders agressieve scheldpartijen. Zo schreeuwde een witte man met een peuter op z'n arm, recht langs het oor van het huilende kind: 'Jullie willen verkracht worden! Jullie willen verkracht worden! Jullie zijn vies! Jullie zijn echt fucking vies! Bah! Bah! Bah bah bah! Jullie willen een piemel hebben! Jullie kunnen geen piemel krijgen, want jullie zijn lelijk!'.²⁹ Een van de demonstranten werd overgedragen aan de Vreemdelingenpolitie.³⁰

Waarom werden de vrouwen gearresteerd? De berichten in de media liepen uiteen. De NOS berichtte bijvoorbeeld: '(...) de betogers hadden geen vergunning voor hun demonstratie, en weigerden hun identiteitsbewijzen te tonen'.³¹ RTV Rijnmond schreef: 'Volgens de burgemeester hadden de vrouwen toestemming om actie te voeren, maar niet op de plek waar ze zich bevonden'.³² Echter, niemand heeft in Nederland een vergunning of toestemming nodig om te demonstreren, en een demonstratie mag nooit worden beëindigd omdat demonstranten weigeren hun identiteitsbewijzen te tonen.

Zoals hierboven al is vermeld, bepaalt artikel 9 lid 2 Gw dat de bevoegdheid voor het stellen van regels die de demonstratievrijheid beperken kan worden gedelegeerd aan een lagere regelgever als sprake is van een van de in dat lid genoemde doelcriteria. Dit gebeurt in artikel 4 Wet op de openbare manifestaties (Wom): 'De gemeenteraad stelt bij verordening regels vast met betrekking tot de gevallen waarin voor vergaderingen en betogingen op openbare plaatsen een voorafgaande kennisgeving vereist is'. Op basis van deze wettelijke bepaling kan een APV eisen dat demonstranten de gemeente laten weten dat, wanneer, en waar ze zullen gaan demonstreren. Het gaat

hier dus nadrukkelijk niet om een vergunning: gemeentes kunnen niet eisen dat demonstranten *toestemming* vragen voor hun demonstratie.

Een verdere eis waaraan een beperking van het grondrecht op demonstratievrijheid moet voldoen, is dat de regelgeving waaruit de beperking voortvloeit erop moet zijn gericht om de demonstratievrijheid te beperken. Daarom kan het weigeren van het tonen van identiteitsbewijzen nooit een reden zijn om een demon-

Een demonstratie mag uitsluitend worden beëindigd als dat op het moment van de beëindiging noodzakelijk is

stratie te beëindigen. De Wet op de identificatieplicht bevat namelijk, in tegenstelling tot de Wom, geen bepalingen die erop zijn gericht om de demonstratievrijheid te beperken. Weigeren om een identiteitsbewijs te tonen kan dus weliswaar een overtreding opleveren van de Wet op de identificatieplicht, maar het grondrecht op demonstratievrijheid mag desalniettemin niet worden beperkt vanwege zo'n overtreding. (Of er een goede reden was om de demonstranten te vragen om zich te identificeren, mag overigens sowieso worden betwijfeld.)

Een bepaling die vaak voor verwarring zorgt is artikel 5 Wom: 'De burgemeester kan naar aanleiding van een kennisgeving voorschriften en beperkingen stellen of een verbod geven'. Volgens het tweede lid kan dit als de vereiste kennisgeving niet tijdig is gedaan, als de vereiste gegevens niet tijdig zijn verstrekt, of als dit nodig is 'ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden'. Op basis van deze bepaling zou men kunnen denken dat als de demonstranten in Spijkenisse hun demonstratie niet op tijd hadden aangemeld, de burgemeester de demonstratie niet alleen mocht verbieden, maar ook beëindigen op het moment dat er ondanks haar verbod toch gedemonstreerd werd. Dit laatste is echter onjuist. Volgens artikel 11 EVRM mag de vergaderings- en verenigingsvrijheid alleen worden beperkt als hiervoor een basis

is in het recht, als het een in dat artikel genoemd doel dient, en – dit is meestal het belangrijkste – indien dit 'noodzakelijk [is] in een democratische samenleving'. De noodzakelijkheid van de beperking moet volgens het EHRM worden getoetst in het licht van alle omstandigheden die *op het moment van de beperking* van belang zijn.³³ Het feit dat een burgemeester een demonstratie heeft verboden is op zich dus onvoldoende reden om een demonstratie te beëindigen. Een demonstratie mag uitsluitend worden beëindigd als op het moment van de beëindiging het belang van het 'voorkomen van wanordelijkheden' (of een van de andere in artikel 11 lid 2 EVRM genoemde doelen) zwaarder weegt dan de demonstratievrijheid. Gezien het feit dat de demonstratie in Spijkenisse volstrekt vreedzaam was, en ook nog eens zeer beperkt in omvang, is het zeer onwaarschijnlijk dat het EHRM de beperking van de demonstratievrijheid in dit geval zou toestaan.

Dit alles is onder rechtswetenschappers weinig controversieel. De manier waarop Minister van Veiligheid en Justitie Ard van der Steur de arrestaties verdedigde in zijn antwoorden op vragen van drie Kamerleden is daarom erg verontrustend. De minister antwoordde dat de demonstranten zijn 'aangehouden op grond van artikel 2.1.1 van de Algemene Plaatselijke Verordening van Nissewaard, inzake samenscholing en ongeregelde heden'.³⁴ Echter, zoals de advocaat van de demonstranten in een persbericht opmerkte, stelt lid 5 van artikel 2.1 van deze APV expliciet dat artikel 2.1.1 niet van toepassing is op betogingen als bedoeld in de Wom.³⁵ Bijna een jaar later, op 13 december 2016, berichtte de actiegroep die uit de actie in januari voortkwam, 'Feministen in verzet', dan ook in een persbericht dat het Openbaar Ministerie aan de advocaat van de demonstranten heeft laten weten dat het de zaken tegen de demonstranten heeft geseponeerd.³⁶ Niet alleen de burgemeester, maar zelfs de minister lijkt dus niet te begrijpen wat het grondrecht op demonstratievrijheid precies inhoudt.

Zwarte Piet Niet in Gouda

De demonstratie in Spijkenisse was gericht tegen een politicus die op een drukke zaterdag in het hart van de openbare ruimte vluchtelingen neerzette als aanranders en verkrachters. De demonstratie was erop gericht om Wilders' boodschap niet onweersproken te laten, juist op de plek waar die boodschap op dat moment overheerste. Zoals ik hierboven heb laten zien, kan het feit dat mensen aanstoot nemen aan demonstranten die een op dat moment en op die plek dominante mening actief betwis-

23. EHRM 21 juni 1988, 10126/82 (*Platt-form Ärzte für das Leben/Austria*), r.o. 32.

24. EHRM 29221/95 (*Case of Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden/Bulgaria*), r.o. 107.

25. J.S. Mill, *On Liberty*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 8-9 and 19.

26. Een gedeelte van deze paragraaf is een bewerking van mijn blogpost van 16 januari 2017, 'Demonstreren voor democratie', op nederlandrechtsstaat.nl.

27. 'Tien arrestaties bij actie Wilders die

"verzetsspray" uitdeelt in Spijkenisse', *Hart van Nederland* 23 januari 2016.

28. Zie over de beweegredenen van de demonstranten ook: Annemijn van Marlen, 'Afzijdig blijven is geen optie. Wie zwijgt, stemt in met Wilders', *NRC Handelsblad* 6 februari 2016.

29. www.rijnmond.nl/nieuws/137513/Wilders-deelt-verzetsspray-uit-in-Spijkenisse (laatst bezocht op 23 augustus 2017).

30. *Handelingen II* 2015/16, 1566, p. 2.

31. <http://nos.nl/artikel/2082244-tien->

vrouwen-opgepakt-bij-verzetsspray-actie-wilders.html (laatst bezocht op 23 augustus 2017).

32. www.rijnmond.nl/nieuws/138247/

Politie-handelde-correct-rond-Wilders-protest-Spijkenisse (laatst bezocht op 23 augustus 2017).

33. EHRM 17 juli 2007, 25691/04 (*Bukta and Others/Hungary*), r.o.36-37.

Zie ook de hieronder besproken uitspraak Rb. Den Haag 6 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11985, maar ook het

eveneens hieronder besproken conflicterende oordeel van het hof in hoger beroep. Zie over het *Bukta*-arrest ook het onderzoek van het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, *Orde in de openbare orde*, 2017, p. 230.

34. *Handelingen II* 2015/16, 1566, p. 1.

35. www.facebook.com/feministeninverzet/posts/1191866597516211 (laatst bezocht op 23 augustus 2017).

36. Zie vorige voetnoot.

ten geen reden zijn om de demonstratie (op die plek) te beëindigen. De 'dreigende sfeer' die de politie volgens de minister waarnam werd niet veroorzaakt door enig dreigend gedrag van de demonstranten, maar door de seksistische tirades van de supporters van Wilders.³⁷

Een vergelijkbare situatie heeft zich voorgedaan bij verschillende protesten tegen de figuur van Zwarte Piet. Bij de landelijke intocht van Sinterklaas in Gouda op 15 november 2014 stond bijvoorbeeld een groepje demonstranten met de armen in elkaar gehaakt aan de rand van de Markt waarop de goedheiligman met zijn Zwarte Pieten verscheen; de demonstranten droegen t-shirts met de slogan 'Zwarte Piet Niet'. Veertien demonstranten werden aangehouden. In ieder geval bij de arrestatie van dichter en activist Jerry King Luther Affriye, ook bekend als Kno'Ledge Cesare, werd geweld gebruikt; videobeelden van deze arrestatie gingen al snel rond op het internet.³⁸ Affriye werd daarop vervolgd wegens wederspansigheid en mishandeling van een agent. In eerste aanleg werd bewezen verklaard dat hij een agent in het been had geknepen, maar werd hij ontslagen van rechtsvervolging omdat de rechtbank aannemelijk achtte dat sprake was van een paniecreactie.³⁹ In hoger beroep werd Affriye echter veroordeeld tot een voorwaardelijke boete van € 500 en tot het betalen van een schadevergoeding van € 500 aan de agent bij wie hij een overbelaste pols zou hebben veroorzaakt 'door opzettelijk gewelddadig te verstarren en zijn spieren aan te spannen en zijn lichaam in een tegengestelde richting

te bewegen dan die waarin de opsporingsambtenaar hem (...) trachtte te bewegen'.⁴⁰

De rechtbank en het hof kwamen tot tegenovergestelde oordelen over de rechtmatigheid van de arrestatie. Volgens de rechtbank lag er geen beslissing van de burgemeester aan de aanhoudingen ten grondslag – de burgemeester hield zich op het moment van de arrestaties als gastheer met Sinterklaas bezig – en was niet voldaan aan de doelcriteria die gelden voor een beperking van de demonstratievrijheid: 'De afbeelding op de shirts komt de rechtbank niet als strijdig met de openbare orde voor. Ook stond de groep – zo blijkt uit de camerabeelden – aan de rand van de Markt en op ruime afstand van het podium. De groep werd bovendien gescheiden van de andere bezoekers van de Markt doordat er politiemensen omheen stonden'.⁴¹ Het hof oordeelde daarentegen: 'Naar het oordeel van het hof werd met de aanhouding geen inbreuk gemaakt op een fundamenteel recht van de verdachte, nu daartoe werd overgegaan op een moment dat juist die omstandigheden acuut dreigden, met het oog waarop de daartoe bevoegde Burgemeester een demonstratie daar ter plaatse enige dagen tevoren besloot te voorkomen'. Het besluit van de burgemeester stelt dat op de Markt in Gouda geen ruimte is om groepen gescheiden te houden, dat massale politie-inzet tot escalatie zou kunnen leiden, en dat de veiligheid van met name kinderen in gevaar zou kunnen komen door verstoring van de openbare orde, die ertoe zou kunnen leiden dat kinderen onder de voet gelopen zouden kunnen worden'.⁴²



18 november 2017 - De Kick Out Zwarte Piet actiegroep die in Dokkum wilde demonstreren tijdens de intocht van Sinterklaas wordt gedwongen terug te keren, nadat de burgemeester de demonstratie verboden heeft, ondanks dat zij daar eerder geen redenen voor zag. © Joris van Gennip/HH

De tegenovergestelde uitspraken geven een verschillend oordeel over de feitelijke omstandigheden. Echter, het lijkt toch nodig om een kritisch vraagteken te zetten bij het arrest van het hof, omdat het om een vreedzame, kleinschalige demonstratie op de rand van de Markt ging waarbij een flink aantal politieagenten aanwezig was. Immers, als het legitiem is om een dergelijke demonstratie te beëindigen, rijst de vraag op wat voor manier een effectieve demonstratie tegen de figuur van Zwarte Piet dan wel zou kunnen plaatsvinden. De door de burgemeester aangewezen locatie was namelijk helemaal aan de andere kant van het spoor, meer dan een kilometer van de Markt waar het publiek en nationale pers zich verzameld hadden. De demonstranten claimden uiteraard niet zozeer de vrijheid om *ergens* hun mening over de figuur van Zwarte Piet te uiten: ze claimden de vrijheid om de plaats waarop deze figuur in de openbare ruimte verscheen tot publieke sfeer te maken, en de legitimiteit van die verschijning daar, op *die* plek, te betwisten.

Conclusie

Ik heb in dit artikel betoogd dat wanneer er een beroep wordt gedaan op de demonstratievrijheid, de overheid zich primair zou moeten opstellen als beschermer van de democratische publieke sfeer. De demonstraties in Spijkenisse en in Gouda laten allebei zien dat de vraag wat precies telt als de publieke sfeer, en waar deze zich op een bepaald moment precies kan bevinden, zelf ook inzet kan zijn van democratische contestatie. Ook daarbij zou de overheid zich mijns inziens allereerst moeten opstellen als beschermer van democratische discussie en democratische contestatie.

De demonstratie in Gouda laat ook zien dat de publieke sfeer tevens een ruimte is voor discussie over, en contestatie van wat precies het onderwerp zou moeten zijn van democratische communicatie en democratisch handelen. De claim dat de figuur van Zwarte Piet als racistische karikatuur dient te worden verworpen, werd namelijk gemaakt in een maatschappelijke context waarbij de 'meerderheid' lijkt te ontkennen dat deze figuur überhaupt onderwerp van publieke discussie zou moeten of kunnen zijn, in deze opvatting gesterkt door de minister-president, die de kwestie als een tautologie trivialiseerde.⁴³ Dat mensen aanstoet nemen aan demonstraties waarbij ze met dit minderheidsstandpunt worden geconfronteerd, is des te meer reden om alles in het werk te stellen om deze demonstraties mogelijk te maken, als we denkers die waarschuwen voor een tirannie van de meerderheid, zoals J.S. Mill, willen volgen.

Verder is de publieke sfeer ook een ruimte voor dis-

Dat mensen aanstoet nemen aan demonstraties waarbij ze met dit minderheidsstandpunt worden geconfronteerd, is des te meer reden om alles in het werk te stellen om deze demonstraties mogelijk te maken

cussie over, en contestatie van wie er precies gerekend wordt tot het publiek, en van wat telt als kwestie van publiek belang. Denk bijvoorbeeld aan de demonstraties van 'uitgeprocedeerde', onrechtmatig in Nederland verblijvende asielzoekers die hun precaire situatie tot onderwerp van publieke discussie maken door zichzelf, samen met anderen, als deelnemers aan de publieke sfeer te positioneren. Het recht beschermt hen hierin: terwijl de vrijheid van vereniging en vergadering voorheen was voorbehouden aan ingezetenen, geldt het huidige artikel 9 Gw ook voor niet-ingezetenen.

Tot slot beperkt democratische discussie en contestatie in de publieke sfeer zich niet tot lokale of nationale kwesties. De door de politiek theoreticus Nancy Fraser opgeworpen vraag naar een mogelijke 'transnationale publieke sfeer', die als zodanig nog geen plaats lijkt te hebben in bijvoorbeeld de hierboven geciteerde opvatting over de verhouding tussen grondrechten en democratie van Hans Kelsen, heb ik binnen het bereik van dit artikel niet kunnen bespreken.⁴⁴ Deze vraag wordt echter steeds belangrijker in een tijd van toenemende globalisering, niet alleen in gevallen waarin diasporagemeenschappen een beroep doen op de demonstratievrijheid voor protesten die niet direct raken aan de politiek van het nieuwe thuisland,⁴⁵ maar ook doordat het publiek zich steeds vaker als transnationaal of mondiaal lijkt te positioneren. Een recent voorbeeld zijn de wereldwijde protesten tegen de inauguratie van Donald Trump als president van de Verenigde Staten. Hoe het recht zich tot deze ontwikkelingen moet verhouden is een open vraag, maar bij de beantwoording van die vraag zou democratie in ieder geval voorop moeten staan. •

37. *Handelingen II* 2015/16, 1566, p. 1.

38. De video kan worden bekeken in de onlineversie van dit interview met Affriye in de *Volkskrant* van 22 april 2015: www.volkskrant.nl/opinie/kno-ledge-cesare-bootvluchtelingen-hebben-alle-recht-naar-

europa-te-komen-a3974020/ (laatst bezocht op 28 augustus 2017).

39. Rb. Den Haag 6 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11985.

40. Hof Den Haag 11 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2030.

41. Rb. Den Haag 6 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11985.

42. Hof Den Haag 11 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2030.

43. 'Rutte: Piet is nou eenmaal zwart', nos.nl 18 oktober 2013.

44. N. Fraser, 'Transnationalizing the Public Sphere' in: *Republicart* maart 2005.

45. Zie hierover bijv. B. Anderson, *Long-Distance Nationalism: World Capitalism and the Rise of Identity Politics*, Amsterdam: Center for Asian Studies 1992.